



辽宁大学
经济法学文丛

Food Rule of Law:
Governance Reform to Food Safety Risk

食品法治： 食品安全风险之治道变革

主 编◎闫 海
副主编◎郭金良 姜 昕



法律出版社 | LAW PRESS



辽宁大学
经济法学文丛

教育部哲学社会科学研究
重大课题攻关项目(15JZD009)

Food Rule of Law:
Governance Reform to Food Safety Risk

食品法治： 食品安全风险之治道变革

主 编◎闫 海
副主编◎郭金良 姜 昕



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

食品法治：食品安全风险之治道变革 / 闫海主编

— 北京：法律出版社，2018

(辽宁大学经济法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2525 - 9

I. ①食… II. ①闫… III. ①食品卫生法—研究

IV. ①D912.160.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 172904 号

食品法治：食品安全风险之治道变革
SHIPIN FAZHI:SHIPIN ANQUAN FENGXIAN ZHI
ZHIDAO BIANGE

闫海 主编

责任编辑 汤子君 屈瑶
装帧设计 李瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 马丽
责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 14.5
字数 231 千
版本 2018 年 8 月第 1 版
印次 2018 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号：ISBN 978 - 7 - 5197 - 2525 - 9

定价：49.00 元

(如有缺页或倒装，中国法律图书有限公司负责退换)

导 论	1
第一节 风险的治道变革	1
一、传统风险应对的公私法制	1
二、现代风险治理的法治建构	3
第二节 研究的基本思路与主要内容	9
一、研究的基本思路	9
二、研究的主要内容	10
 第一章 企业食品安全社会责任	13
第一节 企业食品安全社会责任概述	13
一、企业社会责任概述	13
二、企业食品安全社会责任的界定	18
三、企业食品安全社会责任的意义	21
第二节 食品企业治理的消费者参与	23
一、消费者参与食品企业治理的正当性	23
二、消费者参与食品企业治理的障碍	25
三、消费者参与食品企业治理的法治建构	28
第三节 食品企业社会责任报告及其第三方审验	30

一、食品企业社会责任报告的概述	30
二、食品企业社会责任报告的体系建构	32
三、食品企业社会责任报告的第三方审验	37
第二章 食品安全的风险行政	42
第一节 食品安全风险评估	42
一、食品安全风险评估概述	42
二、国外食品安全风险评估的法治经验	47
三、我国食品安全风险评估的法治建构	51
第二节 食品安全行政检查	59
一、食品安全行政检查的界定	59
二、国外食品安全行政检查的法治经验	63
三、我国食品安全行政检查的法治建构	66
第三节 食品责令召回	72
一、食品责令召回概述	72
二、国外食品责令召回的法治经验	77
三、我国食品责令召回的法治建构	80
第三章 食品安全风险治理的信息工具	90
第一节 食品安全追溯	90
一、食品安全追溯概述	90
二、国外食品安全追溯的法治经验	93
三、我国食品安全追溯的法治建构	98
第二节 食品安全吹哨人	106
一、食品安全吹哨人概述	106
二、国外吹哨人的法治经验	108
三、我国食品安全吹哨人的法治建构	111
第三节 食品安全风险公告	119
一、食品安全风险公告的界定	119
二、食品安全风险公告的发布法治	122
三、错误食品安全风险公告的救济法治	125

第四章 食品安全风险的责任承担	130
第一节 缺陷食品的市场份额责任	130
一、美国市场份额责任的法治经验	130
二、我国缺陷食品适用市场份额责任的正当性	136
三、我国缺陷食品市场份额责任的法治建构	141
第二节 食品安全惩罚性赔偿	144
一、食品安全惩罚性赔偿概述	144
二、域外食品安全惩罚性赔偿的法治经验	149
三、我国食品安全惩罚性赔偿的法治建构	152
第三节 食品安全责任强制保险	163
一、食品安全责任强制保险的界定	163
二、域外食品安全责任强制保险的法治经验	166
三、我国施行食品安全责任强制保险的正当性	168
四、我国食品安全责任强制保险的法治建构	173
第五章 特殊食品生产经营者的法律治理	181
第一节 食品摊贩的法律治理	181
一、食品摊贩法律治理的利益维度	181
二、食品摊贩法律治理的规范结构	184
三、食品摊贩法律治理的框架体系	188
四、食品摊贩法律治理的规制工具	191
第二节 网络食品交易第三方平台提供者的法律治理	199
一、网络食品交易第三方平台提供者规范的体系化解释	199
二、网络食品交易第三方平台提供者法定义务的立法检视	202
三、网络食品交易第三方平台提供者连带责任的立法检视	205
参考文献	207
后 记	221

导 论

第一节 风险的治道变革

一、传统风险应对的公私法制

(一) 传统风险应对的私法机制

传统风险应对的私法机制主要为合同法和侵权法两种模式。私法的基石是私法自治,“它的经济意义可以上溯到亚当·密斯的国富论,伦理内涵则又源于康德理性哲学中的自由意志。私法自治使私人成为法律关系的主要形成者,正如法律关系所要创造和维系的经济关系”。^①“私法自治之意义,在于法律给个人提供一种法律上的权力手段,并以此实现个人的意思。也就是说,私法自治给个人提供一种受法律保护的自由,使个人获得自主决定 (Selbstbestimmung) 的可能性”。^② 私法自治中的自主决定应包括对自身遭遇风险的处分,例如风险自担或以约定方式转让风险。私法自治的理论预设是人的完全理性,即理性人具有相关风险的知识 and 能力,能够收集、掌握必要的风险信息,对各种备选方案予以比较、衡量,作出符合自身偏好的选择,甚至与他人达成安排风险的协议。

^① 苏永钦:《私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向》,载《中外法学》2001年第1期。

^② [德]迪特尔·梅迪斯卡:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第143页。

但是,人在客观上是有限理性,既不可能预见一切风险,亦不能通过条款将未来的风险予以巨细靡遗地规定。

合同法中任意性条款具有节约交易成本、提高裁判的可预见性及提供交易的选择等积极辅助功能,以及通过权利义务与风险成本的公平分配,负担“指导图像”的消极制衡功能。^①因此,合同法中任意性条款亦是风险治理的手段之一,例如,1999年《合同法》第142条规定:“标的物毁损、灭失的风险,在标的物交付之前由出卖人承担,交付之后由买受人承担,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”“无风险,无保险”,通过保险合同的设计,以实现风险的转移与分散;换言之,保险合同将合同法的风险应对功能发挥至极。合同法应对传统风险的前提是当事人之间存在合同关系,但风险面向未来,风险中的加害人与受害人在多数情况下不可能存在预先的合同联系,因此必须导入应对传统风险的侵权法模式。自主决定与自我责任是私法自治的一体两面;即行为人应对自己所作出的行为承担后果。侵权法必须判断引致不利后果发生的风险应当归咎于自己行为还是他人行为,因此传统侵权法以界分二者的“过错”为核心,并依据过错以确定风险损失的承担者。应对传统风险的合同法与侵权法存在密切关联。一方面,应对传统风险的合同法存在缔约不能或缔约不公平的问题,侵权法应对成为可资替代的选项,例如产品责任从违约责任向侵权责任的转变;另一方面,合同法对传统风险的应对也深刻地影响侵权法,“责任保险对侵权行为法的发展关系属于一个隐藏的说服者”。^②

应对传统风险的私法机制的共性在于国家责任,即国家以立法者身份供给纸面上的私法规范,但是无论任意性规范还是强制性规范,均须当事人诉诸司法程序,才成为行动中的私法规范,国家扮演司法者角色以裁决风险分配。此外,应对传统风险的私法机制的直接作用乃是风险责任的承担,虽然从法经济学角度,预先结果的设定会产生事前激励效果,^③但这毕竟是间接的反射效应。总之,司法被动性和效力事后性凸显传统风险的私法应对中国家的消极责任。

① 参见苏永钦:《私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向》,载《中外法学》2001年第1期。

② 转引自王泽鉴:《侵权行为》(第3版),北京大学出版社2016年版,第10页。

③ 侵权法经济分析的汉德公式的基础便是风险预防与风险责任的内在关联。1947年,勒内德·汉德(Learned Hand)法官在一项判决中提出判断行为人是否存在侵权过错的准则 $B \geq L \times P$, B为投入的预防金额, L为事故发生的损失额, P为事故发生的概率。See United States v. Carroll Towing Co. 159 F.2d 169(2d Cir. 1947)。

(二) 传统风险应对的秩序行政

第一次世界大战结束前,自由主义法治国的公行政主要是秩序行政,即维持社会秩序、国家安全及排除对人民及社会的危害。^①毋庸置疑,风险是对“秩序”的最大挑战,因此传统秩序行政不乏对传统风险的应对,但是存在两个方面的限制:(1)秩序行政应对的传统风险范围较为有限。征税与治安被列为秩序行政的传统项目,“治安是所有政府的共同职能,因为安全是人的基本利益,是个人自己不能提供的‘公共产品’;如果某个原始政府只有一项职能,它很可能不是别的——就是治安”,^②正是在此意义上,这一国家形态被称为“夜警国家”。(2)秩序行政应对传统风险的手段以制裁为主。“依自由主义的国家观,只有在具体情形中被逾越或遭受直接威胁时,公权力才可以施加制裁”,“国家所能仰仗的,就只有从制裁措施的存在当中所衍生的那种预防性效果了”。^③因此,虽然基于行政的本质,在秩序行政应对传统风险中,国家责任具有一定积极性,但是受到严格的限制。

二、现代风险治理的法治建构

(一) 现代风险的特征

在现代社会中,风险亦呈现现代性的重大转变,主要体现为以下特征:(1)风险的延展性,传统风险是局部的、区域的,仅对社会个体产生影响,现代社会中风险的规模和范围大大扩张,打破了原来相对狭隘的区域范围,甚至于人类成为一个统一风险受体。(2)风险的内生性,吉登斯将风险区分为外部风险和被制造出来的风险,“外部风险就是来自外部的、因为传统或者自然的不变性和固定性带来的风险”“被制造出来的风险,指的是由我们不断发展的知识对这个世界的影响所产生的风险,是指我们没有多少历史经验的情况下所产生的风险”。^④现代社会中,随着自然“人化”,风险产生自人的决策与行为,被制造出来的风险已经取代外部风险占据主导地位。(3)风险的复合性,

① 参见陈新民:《行政法学总论》(修订八版),2005年自版,第52~53页。

② 张千帆、赵娟、黄建军:《比较行政法——体系、制度与过程》,法律出版社2008年版,第61页。

③ [德]迪特尔·格林:《宪法视野下的预防问题》,刘钢译,载《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第112页。

④ [英]安东尼·吉登斯:《失控的世界:全球化如何重塑我们的生活》,周红云译,江西人民出版社2001年版,第22页。

“从自然风险转向人为风险,从个别风险、区域风险转向全球性风险;从物质利益风险转向文化风险、道德风险、理论风险等非物质风险;从单一风险后果转向多重风险后果;从单一风险主体转向多重风险主体等等”。^① (4) 风险的潜在性,风险的后果越来越难以把握,后果的展现周期越来越长,行为的风险后果未必为当下所了解,可能在几十年、上百年,甚至几代之后,风险后果才显现出来,因为缺乏对行为的风险后果预判,行为更为无所顾忌。(5) 风险的系统性,风险往往彼此交织、相互渗透,呈现一幅复杂多样的风险图景。

面对现代风险的挑战,风险治理从法制到法治,亟待治道变革,即公法与私法的风险共治、科学与民主的治理统合、自治与他治的协同治理、风险治理工具的系统集成。

(二) 公法与私法的风险共治

面对现代风险,建构于风险个人责任的私法机制和秩序行政的传统风险应对法制变得捉襟见肘。一方面,个体不仅无法预知并单凭己力驯服风险,更无力自我承担行为的后果,只能付诸集体行动;另一方面,风险内在于人类的行为,“传统社会向现代社会的转变因此是‘归咎习惯’的转变,这就意味着危机或危害或不幸的根源不再由天命来负担,不再由神意来担保,而是由社会秩序来负担和担保”。^② 私法不得不引入范式的治道变革,如现代侵权法的哲学基础从矫正正义扩展至遏制和预防,又如惩罚性赔偿的引入,侵权责任的认定转向风险损失的承担,侵权责任范围随之扩大,表现为法益的内容扩展、责任的客观化、危险责任的产生。此外,责任承担也呈现集体化趋势,^③ 市场份额责任堪为典型。

“安全已上升到国家最为重要的任务,国家存在的正当性也取决于是否能完成这一任务”,^④ 国家虽然沿袭秩序行政下的安全保障责任,但是风险的现代化变化,令公法的内容、形式上亦发生根本性变革。同时,从短缺社会的

① 庄友刚:《风险社会理论研究述评》,载《哲学动态》2005年第9期。

② 刘小枫:《现代性社会理论绪论——现代性与现代中国》,上海三联书店1998年版,第49页。

③ 参见[德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第5~8页。

④ [德]埃贝哈特·施密特-阿斯曼等:《德国行政法读本》,于安等译,高等教育出版社2006年版,第53页。

财富分配已转移至现代社会的风险分配,^①如同国家对市场失灵的干预,亦须通过国家对风险预防与责任的干预以实现社会公平。社会国、规制国就是风险的国家责任承担的具体形态。现代风险视阈下的社会国体现为国家对风险受害人的责任承担,即“社会国不能承诺,其可以使人民避免失业、疾病、因年老而丧失劳动能力,而把以法律为担保的经济保护网与这些要件联系起来。那些——不在须自我负责的被允许的风险领域内的,不能归咎于他人过错的,而是属于现代社会的系统风险的——风险,应通过‘保险社会’的机制来收容”。^②而且相较于私法自治下的商业保险机制,国家强制安排的社会保险、强制责任保险等将风险后果予以更大范围的分散,从而形成应对风险的合力。现代风险视阈下的规制国体现为国家设立独立、专业的行政机构,利用风险评估、风险检查、责令召回等风险行政手段来消除或者减轻可能具有社会危害性的现代风险。

(三) 科学与民主的治理统合

风险治理业已属于公共事务范畴,在实践中,公众认知借由代议制民主的途径侵夺专家理性的问题较为突出,布雷耶将“公众对风险的认知”“国会的行动和应答”“规制过程的不确定”及三个要素的相互增强,称为“恶性循环”;他给出的解决之道是重构规制机构,即利用理性化、专业知识、绝缘和权威等官僚制美德,建立任务导向型的组织,具有高度技术领域里某种程度的一致性和理性,更好地利用政府之外的科学技术成果,并考虑未来科学变迁对风险的影响,发展旨在实现更高分析质量和更好结果的模型,创设令资源有效发挥功用的“风险议程”。^③尽管布雷耶也努力辩解,但是这一科学理性取向风险治理模式与民主相悖,在政治上不能被接受,无法付诸实践。

鉴于现代风险的二重性,实践中民主取向的风险治理与理论上科学取向的风险治理都难逃失败命运。风险治理具有技术性和公共性两个属性,因此应当符合两个基本要求:(1)价值合理性,即风险治理的目标被公众接受,符合公众的需要,反映公众的偏好,体现卢梭的“公意”的要求,从而具有正当性;(2)工具合理性,即风险治理措施基于预测和计算,追求功效最大化,具有

① 参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第15页。

② [德]莱纳·沃尔夫:《风险法的风险》,刘钢译,载《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第67页。

③ 参见[美]史蒂芬·布雷耶:《打破恶性循环:政府如何有效规制风险》,宋华琳译,法律出版社2009年版,第78~89页。

科学性,^①因此必须实现风险治理中科学与民主的统合。统合科学与民主的前提是基于现代风险的二重性对风险治理中事实与价值予以界分,进而实现公众、专家的各司其职。现代风险治理中涉及大量的事实判断,如风险的成因、规模、概率、性质以及风险治理工具的成本、效益等,这些需要由专家予以解答,并通过风险治理立法的程序设计,确保专家理性的客观性。现代风险治理中还涉及大量的价值选择,如现代风险治理的目标选择,须广泛听取公众的意见,在利益公平博弈的基础上进行价值权衡,并通过现代风险治理立法为公众提供多样化的参与渠道。

科学与民主在现代风险治理中不是截然分开的,许多问题也是事实与价值交织,因此实现二者的统合尚需要建立协商民主下的风险沟通机制。协商民主是指自由、平等的主体基于权利和理性,通过集体与个体的反思、对话、讨论、辩论等过程,形成合法决策的民主体制、治理形式。在现代风险治理中,“只有一种激烈的有说服力的以科学论战武装起来的公共领域,才能够将科学的精华从糟粕中分离出来,并且允许对技术进行指导的制度——政治与法律——得以实施,从而争取到其自身应该拥有的作出判断与裁决的权力”。^②协商民主下的风险沟通不仅传递风险相关的信息,也包括对风险事件的反应。现代风险治理尤其注重运用信息工具实现治理的公开与透明,以有效地促进公众参与。^③有效的风险沟通有助于帮助公众理性地认识风险并矫正已有的偏见或障碍,更为准确地理解与风险相关的事实,在充分协商的基础上形成平衡判断。^④专家也可以通过风险沟通更为全面地掌握公众的价值偏好,以易懂、生动、鲜活的方式传递风险知识,赢得公众的信任,从而塑造科学管理风险的良好社会氛围。

(四) 自治与他治的协同治理

从传统风险应对的秩序行政,到现代风险治理的规制国,国家从消极、被

① 参见戚建刚:《风险规制过程合法性之证成——以公众和专家的风险知识运用为视角》,载《法商研究》2009年第5期。

② [德]乌尔里希·贝克:《从工业社会到风险社会——关于人类生存、社会结构和生态启蒙等问题的思考》(下篇),王武龙译,载《马克思主义与现实》2003年第5期。

③ See Sidney A. Shapiro and Robert L. Glicksman, *Risk Regulation at Risk: Restoring a Pragmatic Approach*, Stanford University Press, 2003, p. 29.

④ 参见赵鹏:《知识与合法性:风险社会的行政法治原理》,载《行政法学研究》2011年第4期。

动逐渐转向积极、主动,以致风险治理具有一个更高主体的控制这一理念。“为了达到预想的结果,私人受制于一个更高的主体——国家——并被要求按照特定的方式行为,如果违反规则,则以惩罚为后盾”;同时,对于风险法治而言,“因为国家在法律形成及实施中扮演了最基本的角色,因此该法律体系是‘集中化’(centralized)的”。^①但是,国家职能的过度膨胀,尤其对风险治理的大包大揽引发一系列负面影响,如财政困难、机构臃肿、能力不足、效率低下等。“市场失灵置换了市场万能观念,而政府失效又拒斥了国家的神话”,^②“尽管学术上存在歧见,但要说行政国家正处于危机当中,可能还是有些夸张”,“不过即便没有‘危机’,很多事情也是非常糟糕的”。^③“从任务主体的监督来看,不再强调国家之中心地位,而毋宁是分散的、多中心的任务实现结构。”^④

现代风险治理已经不再是以国家为中心的“一元单中心秩序”,而是演化为多元主体及其机制,但对其类型存在不同认识。王波认为,规制法主体包括规制机构、被规制者、被规制行为的受害人(公众)、对规制机构进行规制的机构(中间枢纽机构)和法院,其中前三者为规制法的三大主体;^⑤又如,戚建刚提出共治型食品安全风险规制模式则包括行政机关、利害关系人、专家和普通公众。^⑥我们认为,现代风险治理包括自治与他治两个维度。所谓自治,乃是风险制造者及其行业组织的自律,核心是风险制造者的自主治理。埃里克森的社会控制体系将行动者自我施行规制和制裁列为第一方控制;受诺人强制执行合约涵盖的偶然事件则列为第二方控制;非科层化组织起来的社会力量、社会组织、政府则列为第三方控制。^⑦自治乃是最根本、最有效、最重要的现

① [英]安东尼·奥格斯:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社2008年版,第2页。

② [法]莫里斯·奥里乌:《行政法与公法精要》(上册),龚觅等译,辽海出版社1999年版,第1页。

③ [美]朱迪·弗里曼:《合作治理与新行政法》,毕洪海、陈标冲译,商务印书馆2010年版,第16~17页。

④ 张桐锐:《合作国家》,载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会编:《当代公法新论——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》(中),台北,元照出版公司2002年版。

⑤ 参见王波:《规制法的制度构造与学理分析》,法律出版社2016年版,第110~113页。

⑥ 参见戚建刚:《共治型食品安全风险规制研究》,法律出版社2017年版,第19~25页。

⑦ 参见[美]罗伯特·C.埃里克森:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第153~154页。

代风险治理机制,他治为其辅助手段,通过市场增进以促进自治的有效实施,因此自治的社会责任机制、激励相容安排、内部治理结构等乃是现代风险治理的基础和支架。他治包括监管机关、新闻媒体、公众及其组织以及包括法院在内的监管机构的监管者等,其中监管机关代表的国家是现代风险他治的主导,但其角色转向“合作国家”,而不是“夜警国家”的回归,不再简单地以政治权威身份对社会事务予以单一向度的发号施令,而是以引导、协商、伙伴等多种合作方式消弭国家与社会之间的距离,并且通过合作可以激发出社会中私人部门的潜能,充分发挥私人部门的资金、技术、管理等优势。

现代风险治理不是自治和他治的简单的并列相加,而是一种协同治理机制(collaborative governance regime),即倡导治理主体的多元性、平等性、有序性,通过组织、科技等手段搭建的系统化治理平台以整合资源、增进共识、相互协作,提升解决现代的、公共性风险的总体能力。

(五) 风险治理工具的系统集成

从机构和项目到政策工具,是20世纪80年代兴起的新治理范式的重要转变之一,按照物品或服务的特征、递送媒介及递送系统的特征,治理工具包括直接政府管理、社会规制、经济规制、合同承包、政府拨款、直接贷款、贷款担保、保险、税收支出、费用、责任法、政府企业、福利券。^① 风险治理的工具从不同角度可以分为以下类型:(1)政策工具和执行工具,后者乃是为贯彻前者之用,即确保义务之履行的制度。(2)事前工具、事中工具和事后工具,针对不确定、不可逆的巨大风险,风险治理应当遵循风险预防原则,即国家“不能等到切实的危险发生,而是在抽象的风险出现之际,国家就要采取行动”,^②风险治理的事前工具尤为重要,但事中工具、事后工具亦属必要。(3)命令—控制型工具、协商型工具、激励型工具及指导型工具。^③ 命令—控制型工具具有单项性、强制性、对立性,仍然是十分重要的风险治理工具;协商型工具反映现代风险治理从强制走向弹性,从单方走向双方,从对立趋于平等,以交流与合作为基础,体现“契约国家”的精神;激励型工具以经济性诱因弹性引导相关主

① 参见[美]莱斯特·M. 萨拉蒙主编:《政府工具:新治理指南》,肖娜等译,北京大学出版社2016年版,第15~17页。

② [德]迪特尔·格林:《宪法视野下的预防问题》,刘钢译,载《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第113页。

③ 参见蒋红珍:《论比例原则——政府规制工具选择的司法评价》,法律出版社2010年版,第262~267页。

体按照国家引导方式从事活动,符合放松规制的方向;指导型工具则以建议、劝告等不具有直接约束力的方式引导相对方作为或不作为,是风险外溢处置的有效方式。

大量的治理工具构成现代风险治理的武器库,但面对某项风险,并非火力齐发,而是需要选择与组合,即系统集成。治理工具可以按照有效性、高效性、公平性、易管理性、合法性和政治可行性予以评价,亦体现为强制性、直接性、自动性、可见性等不同维度的属性,由此形成可供选择的治理工具矩阵。^① 治理工具的选择和组合可以运用比例原则予以确定:(1)适当性分析,确立现代风险治理的目标,进而分析所选择的治理工具是否有助于实现目标;(2)必要性分析,治理工具应当对相对人的侵害最小化;(3)均衡性分析,治理工具与所追求的治理目标保持均衡比例关系。

第二节 研究的基本思路与主要内容

一、研究的基本思路

本书分析传统风险应对的公私法制,立足风险现代性的认知,提出食品安全风险的治道变革,进而借鉴域外食品安全风险治理的法治经验,对我国食品法治予以择要分析:(1)基于食品安全风险治理的主体视角,探讨企业食品安全社会责任及其践行机制,以及国家的食品安全风险评估、行政检查、责令召回等风险行政;(2)基于食品安全风险治理的工具视角,探讨食品安全追溯、吹哨人、风险公告等信息工具,以及市场份额责任、惩罚性赔偿和食品安全强制责任保险等责任承担;(3)基于食品安全风险治理的受体视角,探讨对食品摊贩、网络食品交易第三方平台提供者的法律治理。

^① 参见[美]莱斯特·M.萨拉蒙主编:《政府工具:新治理指南》,肖娜等译,北京大学出版社2016年版,第18~31页。

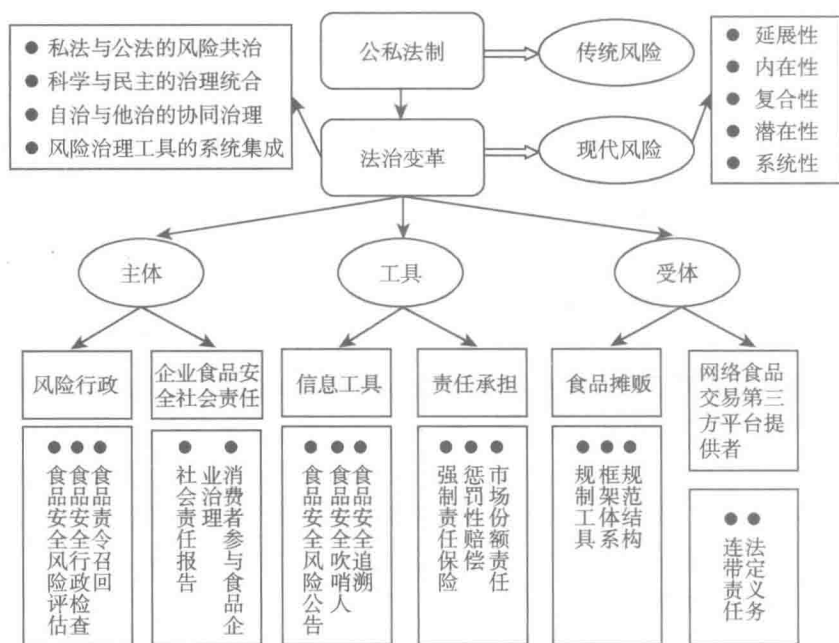


图1 基本思路

二、研究的主要内容

本书除导论外,共分为五章。

第一章企业食品安全社会责任。现代企业社会责任兴起于20世纪初的美国,在20世纪90年代成为席卷全球的运动。在我国,从2005年《公司法》修订开始,企业社会责任先后进入《合伙企业法》《企业国有资产法》《食品安全法》《旅游法》《网络安全法》等法律。“人良方为食”,企业食品安全社会责任是指食品企业对消费者的食品安全社会责任,充分体现食品企业乃是食品安全第一责任人,以及食品企业承担食品安全主体责任和首要责任。(1)消费者是食品企业的最重要利益相关者之一,消费者独立董事制度乃是消费者参与食品企业治理的重要机制。(2)食品企业社会责任报告是食品企业对外披露其社会责任尤其是食品安全社会责任承担情况的重要方式之一,构建企业食品安全社会责任报告及其第三方审验制度是推进企业食品安全社会责任法治建设的重点内容之一。

第二章食品安全的风险行政。食品安全风险为现代性社会风险的典型代

表,传统公共行政须不断调适自身体系以应对挑战,风险行政应运而生。风险行政突破传统的行政行为形式化,以风险规制过程而展开,事前的风险评估、事中的行政检查及事后责令召回构成风险行政的新范式。(1)我国食品安全风险评估法治应当遵循科学性、独立性、透明性、沟通性原则,推进食品安全风险评估的组织建设、程序规范、科学顾问、公众参与等关键性制度建设。(2)我国食品安全行政检查法治应当统合检查主体及其职能,加强检查资源可持续化。(3)我国食品责令召回法治应当按照安全、及时、预防及最大限度原则,健全食品责令召回的主体、信息公布、资金保障、后续处置等规则。

第三章食品安全风险治理的信息工具。现代食品具有搜寻品、经验品、信任品等多重品格,食品信息的不充分、不对称导致消费者的弱者地位及政府监管的困境,因此信息工具是食品安全风险治理的重要工具之一,应当全面、深入地推动食品生产经营者、食品安全吹哨人、食品安全监管机关的食品安全信息生产和传播。(1)我国食品安全追溯法治应当采取差异化模式,科学合理设定安全追溯义务的内容,形成强有力的食品生产经营者安全追溯义务的激励机制与责任约束,丰富食品安全追溯码、认证认可、信息平台等现代化追溯手段。(2)食品安全吹哨人制度是各国及时发现食品安全风险行之有效的途径,我国应当健全食品安全吹哨人的举报、受理、奖励、保护等法律规范。(3)食品安全监管机关的公告是食品安全信息的重要的、权威的来源之一,我国应当完善食品安全风险公告的信息收集及发布范围、主体、平台的规则,建立错误食品安全风险公告的救济机制。

第四章食品安全风险的责任承担。食品安全风险可以减弱,但无法消除,法律责任设置可以实现食品安全风险的公平合理分担。(1)美国司法实践为克服大规模缺陷食品侵权的因果关系证明困境,形成市场份额责任制度,我国食品安全立法应当借鉴美国经验建构缺陷食品市场份额责任法治。(2)食品安全惩罚性赔偿是我国食品安全法治建设的重要内容,为有效发挥食品安全惩罚性赔偿的制度功能,我国应当扩大食品安全惩罚性赔偿的责任主体,合理设定权利主体,明确适用要件,科学安排举证责任,以及改进标签瑕疵的惩罚性赔偿司法审查。(3)我国应当引入食品安全责任强制保险,依据审慎科学、社会效益、及时赔付等建构原则,加强食品安全责任强制保险的经营模式、投保人、承保范围、责任限额、费率厘定等法治建设。

第五章特殊食品生产经营者的法律治理。“食品生产经营者”的抽象法律概念抹杀各类主体的差异性,食品法治应当因主体的能力、地位不同予以具